PER UNA CRITICA AL DIRITTO PENALE LIBERALE ATTRAVERSO IL DIRITTO ROMANO

Riccardo Cardilli
Prof. Dr. Università di Roma «Tor Vergata»

Fëdor Michajlovič Dostoevskij,
I Fratelli Karamazov (I ed. 1879)
«*Se Dio non esiste, allora tutto è permesso*»

Sommario: 1. Formazione storica della concezione contemporanea della 'pena' e ideologie sottese. - 2. La 'pena' come categoria generale e astratta nella «parte generale» dei Codici penali. - 3. Concezione comunitaria e tipizzata della pena nel diritto penale romano. - 4. L'attrazione della '*poena*' nell'*oportere*' quale archetipo della '*obligatio poenae*'. - 5. Considerazioni conclusive

1. *Formazione storica della concezione contemporanea della 'pena' e ideologie sottese.*

Il diritto penale contemporaneo ha un debito fondamentale col sistema del diritto penale che prende forma in Germania nel secolo decimonono. Con ciò intendo dire che il diritto penale della società borghese condizionerà fortemente il diritto penale del XX secolo, in quanto esso nasce in un contesto ideologico totalmente nuovo, in ragione del quale il penale giuridico si allontana dalle prospettive che lo avevano caratterizzato nei secoli precedenti[1].

Da un lato, il monopolio statuale della persecuzione penale diviene un elemento essenziale del potere sovrano dello 'stato'. D'altro lato, la 'società', nella sua declinazione liberale, si orienta nel superamento dell'idea antica e medievale della punizione come spettacolo sociale incidente più sulla vita e sul corpo del reo, che sulla sua libertà, sottraendosi ora l'irrogazione della pena dalla vista dei cittadini liberi. La reclusione, ossia la perdita della libertà personale, è pensata oramai soltanto come idea di confinamento del reo in spazi chiusi e in luoghi altri rispetto agli spazi politici di libertà della città nella sua dimensione borghese[2].

Al fine di tentare di cogliere il salto concettuale realizzato nel secondo Ottocento in Germania, con l'edificazione del sistema del diritto penale dello stato liberale e della stessa scienza giuspenalistica, è necessario cogliere l'elemento più profondo di differenziazione

[1] Per una importante ripulitura concettuale della concezione del giuridico penale nel XIX e nel XX secolo, si vd. M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti inediti (1972-2007), Per la storia del pensiero giuridico odierno*, 88, Milano 2009, II, 725-980, che contrappone un diritto penale liberale ad un diritto penale sociale.

[2] Una lettura efficace del valore inderogabile della *libertas* nella persecuzione penale della Roma repubblicana e dell'assenza del carcere come idea di punizione, si trova in G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015, 39-49.

storica che, a mio modo di vedere, segna inesorabilmente la distanza tra i diritti penali odierni e il diritto penale romano.

Nella società romana, il singolo non è visto come entità individuale, ma come parte di una comunità, nella quale ritrova il senso identitario del suo esistere[3].

Il percorso identitario dell'uomo antico si riflette nello sguardo della comunità, nella posizione che assume nel gruppo e che gli altri gli riconoscono. Si tratta di una prospettiva totalizzante, che caratterizza fortemente la sua identità, la sua coscienza di essere e di esistere. Il modello comunitario esprime il forte senso di appartenenza del singolo al gruppo, gruppo senza il quale l'essere umano, pur ancora in vita in senso biologico, non esiste. La forza identitaria della «parte del tutto»[4] è cioè prevalente rispetto a quanto accade nella società contemporanea, caratterizzata dalla solitudine dell'individuo nella società di massa.

Ciò permette di contestualizzare il senso di alcune forme arcaiche di punizione, nelle quali si attua un giudizio collettivo di esclusione del singolo dalla comunità, come nei casi della sacertà, della *damnatio* e dell'*exilium*[5].

La punizione come esclusione dal gruppo è evidente anche nell'istituto arcaico della *capitis deminutio*, che è sentita in origine come il distacco non più reintegrabile del singolo nel contesto sociale e giuridico di sua esistenza. La gradazione della gravità della separazione si deve con alta probabilità al sapere pontificale (*capitis deminutio maxima*, *minor [*o *media]* e *minima*) e riflette una percezione dell'esclusione del singolo dal gruppo quale sanzione. Nella *maxima* il singolo è escluso dalla società dei liberi*,* nella *media* dalla comunità dei *cives*, nella *minima* si fuoriesce dalla comunità familiare di origine, con l'irreversibile estinzione della *adgnatio*[6]. L'idea forte del ruolo giuridico del singolo nella comunità si riflette quindi bene

[3] Per il mio punto di vista, rimando a *Fondamento romano dei diritti odierni*, Collana «Studi su origine e attualità del sistema romano», Nuova serie – 1, Torino, 2021, 195 ss.

[4] Sul concetto di «parte del tutto», si vd. P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1971, 97 ss.; IDEM, *Diritto e persone I. Studi su origine e attualità del sistema romano 1*, Torino, 1990, 189 ss.

[5] Al riguardo, R. FIORI, 'Homo sacer'. *Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 518 ss. parla di 'estromissione' e di 'separazione' dell'autore dell'illecito dal gruppo. Si veda anche al riguardo L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Napoli, 2006, 75-163, dove la precisazione che «Il potere spettante a chiunque di infliggere la morte all'*homo sacer* non si colloca, infatti, al di fuori del sistema giuridico-religioso, ma risiede al suo interno, costituendo il riflesso terrestre del potere di disporre di costui riconosciuto dallo stesso sistema alla divinità che egli ha oltraggiato con la propria condotta». Quest'ultimo contributo offre anche una rilettura attenta del problema in rapporto alla tesi di G. AGAMBEN, 'Homo sacer'. *Quel che resta di Auschwitz*, Torino, 1995, che è poi ritornato ripetutamente sul tema: vd. ora *'Homo sacer'. Edizione integrale 1995-2018*, Torino, 2018. La componente comunitaria familiare o gentilizia o cittadina quale spazio di tutela è anche ben evidenziata da G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, cit., nel capitolo su «*Fides* e sistema penale», 91 ss. Sulla dimensione comunitaria della persecuzione conseguente alla *damnatio*, per il mio punto di vista, si vd. 'Damnatio' *e* 'oportere' *nell'obbligazione*, Napoli, 2016, 82 ss.

[6] Gai. 1.159: *Est autem kapitis diminutio prioris status permutatio: Eaque tribus modis accidit: Nam aut maxima est kapitis diminutio aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima.* 160. *Maxima est kapitis diminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit; quae accidit incensis, qui ex forma censuali venire iubentur: Quod ius *, qui contra eam legem in urbe Roma domicilium habuerint; item feminae, quae ex senatus consulto Claudiano ancillae fiunt eorum dominorum, quibus invitis et denuntiantibus cum servis eorum coierint.* 161. *Minor sive media est kapitis diminutio, cum civitas amittitur, libertas retinetur; quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit.* 162. *Minima est capitis diminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis conmutatur; quod accidit in his, qui adoptantur, item in his, quae coemptionem faciunt, et in his, qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem, ut quotiens quisque*

nell'istituto della *capitis deminutio*, che presuppone un insieme costituito per *capita* che può solo, in una logica premiale, accrescersi o, in una logica sanzionatoria, decrescere[7].

L'altra faccia della medaglia della punizione degli antichi è l'idea secondo la quale l'unica possibilità di sottrarsi al controllo giuridico-sociale della comunità è vista nell'invisibilità. Proprio l'idea dell'invisibilità del singolo agli occhi della comunità è a fondamento di profonde riflessioni platoniche sulla giustizia[8]. In questa prospettiva, quando l'uomo si comporta bene, lo farebbe per attenersi alla concezione giuridico-morale della comunità nella quale vive e non perché lo ritenga giuridicamente e moralmente giusto. Si tratta di un elemento di grande suggestione, collegato proprio alla contrapposizione tra etica dei moderni ed etica degli antichi: la prima tendenzialmente orientata, nella sua separazione dal diritto, verso una concezione individualistica dei precetti che sorreggono la direzione della condotta umana; mentre la seconda, nella quale vi è una forte compenetrazione tra diritto e morale, è centrata su una componente comunitaria ed un controllo del gruppo sul singolo[9].

La prospettiva che alimenta la cultura giuridica contemporanea, anche rispetto al diritto penale, affonda quindi le sue radici nella scoperta di un'etica distinta dal diritto, separazione fortemente voluta in quanto funzionale a liberare energie sociali ed economiche per lo sviluppo del capitale. Attraverso di essa si innestano profonde dinamiche che coinvolgono il ruolo dello 'stato' quale mediatore essenziale della tensione classista nelle

---

mancipetur aut manumittatur, totiens capite diminuatur. 163. *Nec solum maioribus capitis diminutionibus ius adgnationis corrumpitur, sed etiam minima*… Sul punto B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 311 ss.

[7] L'immagine della *deminutio* diventa inspiegabile quando dalla prospettiva comunitaria si passa a quella individualistica: non sarebbe, infatti, conferente parlare di *deminutio* per il figlio emancipato che appunto acquista in una prospettiva individualistico-centrica autonomia ed indipendenza e quindi una condizione migliorativa, inconferenza che spiega gli equilibrismi interpretativi di Paolo l. 11 *ad ed.* D. 4.5.3.1 per individuare un quid di 'peggiorativo' nella emancipazione dallo stato del figlio. L'immagine che il giurista severiano accentua è quella del ricorso alla *manumissio* finale del *pater*, dopo le tre *mancipationes* dal *pater* stesso al fiduciario per estinguere la *patria potestas*, e la *remancipatio* dal fiduciario al *pater* per creare tra originario *pater* e *filius* dopo la sua liberazione il vincolo di patronato, sostitutivo del vincolo agnatizio definitivamente estinto con la terza *mancipatio*). Proprio nella precondizione di quest'ultima manomissione dell'originario *filius*, oramai in qualità però di *persona in causa mancipii,* risiederebbe il quid peggiorativo di stato evocato dalla *deminutio capitis* in questo caso, in quanto per essere emancipato il *filius* ha dovuto in sostanza essere assimilato immaginariamente alla condizione dello schiavo *cum emancipari nemo possit nisi in imaginariam servilem causam deductus*). La prospettiva individuale-centrica ha conseguenze sebbene diverse anche in rapporto allo schiavo, in quanto l'idea di diminuzione è qui esclusa a priori per la condizione naturale irriducibile *aliter atque cum servus manumittitur, quia servile caput nullum ius habet ideoque nec minui potest*). Sul testo, accentuando il cambio di prospettiva, si vd. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 314 n. 9 prosegue da 313); O. BEHRENDS, *Der römische Weg zur Subjektivität. Von Siedlungsgenossen zu Person und Personlichkeit* [1998], in IDEM, *Institut und Prinzip*, I, Göttingen, 2004, 366 ss.; sul passo 390 e n. 59.

[8] Per il mio punto di vista nella lettura del dialogo di Platone, si vd. *Ius a iustitia appellatum est*, in AA.VV., *Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica*, a cura di C. BUZZACCHI e I. FARGNOLI, Milano, 2021, 19 ss. [= *Fondamento romano dei diritti odierni*, cit., 3 ss.].

[9] Nella dialettica tra singolo e comunità, un ruolo fondamentale nella concezione degli antichi ha avuto la *polis* e la valorizzazione del ruolo politico della cittadinanza quale comunità di eguali, tesa ad erodere il modello gerarchico proprio delle società aristocratiche; vd. sul punto M. VEGETTI, *L'etica degli antichi* (Roma-Bari 1989); M. CACCIARI, *La città*, Rimini, 2009[4], 7 ss. Accentua ora la diversa forza di impatto dell'"eguale' nella *polis*, tenendo conto dei due modelli dell'*omoion* e dell'*ison*, A. SCHIAVONE, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia* (Torino 2019), 15-19. Vd. ora, per il mio punto di vista, *Fondamento romano dei diritti odierni*, cit., 195 ss.

società liberali, ruolo per il quale il potere coercitivo viene ridisegnato in termini di monopolio ed esclusività.

In realtà, ben prima del XIX secolo, proprio la valorizzazione volontaristica del rapporto tra Dio (cristiano) e credente aveva avuto come conseguenza il protagonismo della libertà di coscienza, ponendosi le basi per una possibile maturazione di una coscienza soggettiva ed individuale del giudizio morale, separata oramai dal giudizio giuridico-sociale[10]. La storia, però, non riflette percorsi lineari, e proprio la istituzionalizzazione della religione cristiana nelle strutture politiche dapprima del tardo antico e poi nelle realtà politiche medievali, si dimostrò l'antidoto più efficace, fino all'Assolutismo, ad una deriva individualista nel penale giuridico, creando per le società umane vissute in Europa in quei secoli l'enorme difficoltà di liberarsi dal peso dell'idea del 'giusto cristiano', quale espressione monolitica della *respublica christianorum*[11]. Bisognerà aspettare, infatti, per la liberazione di quelle energie sociali ed economiche che caratterizzeranno la società capitalistica, la riforma protestante, come uno dei fattori che ne favorirà lo sviluppo[12].

Per l'uomo medievale resta impossibile immaginare di essere invisibile, in quanto l'esclusività del rapporto del credente con Dio esclude per definizione zone d'ombra nel giudizio divino (di cui il clero è strumento di attuazione) dei comportamenti umani. Da qui anche la natura fondamentale del sacramento della penitenza, quale momento di liberazione, riconciliazione e perdono. Il contenuto religioso e morale del giuridico medievale, pesando sui comportamenti del singolo, si dimostra quindi ancora un fattore di forte controllo sociale e di resistenza a nuovi modelli di caratterizzazione della «pena» [13].

In fondo, la forma politico-giuridica dello Stato moderno, nella sua versione laica, ha aspirato allo stesso ruolo delle religioni monoteiste, utilizzando, però, l'unica arma a sua disposizione, che non era quella di una sua superiorità morale sulle altre forme politiche di convivenza (come proponeva Hegel nella sua filosofia della storia), ma quella di accentrare nello 'stato' il monopolio nell'esercizio del potere coercitivo sul consociato, che viene a saldarsi con l'idea dell'esclusività della sovranità statuale, fissando eteronomamente precetti minimi diretti a vietare comportamenti considerati illeciti. Nasce, cioè, l'idea portante del

---

[10]Al riguardo, importante quanto evidenzia P. SINISCALCO, *Il cammino di Cristo nell'Impero romano*, Roma-Bari, 2004, 71: «Nelle culture pagane, sia quelle orientali che quella greco-romana, lo stretto legame tra regole e costumi della società e religione, ossia tra la sfera che tocca la vita civile e la sfera che tocca i rapporti con il divino, non lascia spazio a quella che potremmo dire una visione soggettiva del giudizio morale [lo spaziato è mio]; anzi ogni rinnegamento di una norma o di un dovere, la cui osservanza è considerata necessaria per la sopravvivenza e la coesione della società, entro un orizzonte che è, per i secoli antichi in genere e per l'epoca imperiale in specie, totalizzante, è ritenuto come una grave frattura del tessuto sociale che si deve sanare con la punizione di chi ha realizzato il comportamento anomalo».

[11] D'altronde, proprio in questi contesti di pensiero si sviluppa l'idea della giustizia come virtù sociale: S.Thomas, *Sum. Theol* ., II-II, q. 57, a. 1: «Iustitiae proprium est inter alias virtutes ut ordinet hominem in his quae sunt ad alterum. [...] Aliae autem virtutes perficiunt hominem solum in iis quae ei convenient secundum seipsum»

[12] M. WEBER, *Die protestantische Ethik und der "Geist" des Kapitalismus I*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 20, 1905, 1-54; IDEM, *Die protestantische Ethik und der "Geist" des Kapitalismus. II. Die Berufsidee des asketischen Protestantismus*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 20, 1905, 1-110 (in trad. it. si veda M. WEBER, *L'etica protestante e lo spririto del capitalismo*, Firenze, 1970). Si veda, per un ridimensionamento della tesi weberiana, l'altro studio classico di A. FANFANI, *Cattolicesimo e protestantesimo nella formazione storica del capitalismo*, prima edizione Milano, 1934.

[13] H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione* (Bologna 1988), 175 ss.

diritto penale liberale, quale minimo etico garantito dallo stato alla società liberale[14], e della reclusione in carcere, come prevalente pena coercitiva personale, espressione del potere sovrano statuale[15].

L'irrogazione della pena quale espressione più eclatante del poter sovrano dello stato, proietta la stessa in una dimensione di necessaria separazione del criminale dallo spazio di libertà del cittadino borghese. L'elemento discretivo pensabile diviene esclusivamente la conservazione della libertà del secondo e la perdita della libertà nel primo.

Di fronte, quindi, alla continuità dell'uso del termine «pena», si realizza una profonda frattura e trasformazione del significato del penale, che caratterizza quello che può qualificarsi appunto il diritto penale della società liberale.

2. *La «pena» come categoria generale e astratta nella «parte generale» dei Codici penali.*

La costruzione scientifica di una 'parte generale' del diritto penale nella seconda metà del XIX secolo è il frutto maturo di un processo di astrazione e generalizzazione che coinvolge la concezione stessa della pena. La neo-scienza giuspenalistica tedesca estende al penale il principio di scientificità dell'epoca, cioè quello dell'edificazione del sistema. La conseguenza più importante di questa rivoluzione scientifica sarà la formazione di un *allgemeiner Teil* anche nello *Strafrecht*, quale segno distintivo di una scienza del diritto penale che si affranca dal modello della prassi criminale propria dei secoli precedenti.

I singoli delitti, quali monoliti sedimentatesi a mano a mano come concrete formazioni storiche tipiche, vengono smontati dalla giuspenalistica tedesca di questo periodo in categorie generali, come, la condotta, l'evento, il nesso causale, l'elemento soggettivo.

La decostruzione della tipicità delittuale, postposta alla «parte generale» quale «parte speciale» del diritto penale, determina anche per quanto riguarda l'aspetto della sanzione una riflessione scientifica caratterizzata da autonomia e astrattezza della pena. La pena, la sua natura e la sua funzione, divengono gli elementi caratteristici e fondativi di una specifica branca del giuridico, il diritto penale (*Strafrecht*), nel quale non sono più i singoli delitti tipici (i *crimina*) a caratterizzarne la fisionomia, ma è il monopolio statuale della *coërcitio* sul territorio nazionale.

La pena, cioè, non esprime soltanto la sanzione del delitto, una delle facce non scomponibili del tipico delitto compiuto, ma anche un elemento scomponibile dello stesso, considerato essenziale nell'edificazione di una concezione generale del diritto penale, teso ad rappresentare la caratterizzazione stessa di questo genere di diritto. Con la generalizzazione,

---

[14] Sul diritto penale borghese, per il mio punto di vista, si vd. *Il problema dell'elemento soggettivo nelle XII Tavole*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, II, a cura di M.F. CURSI, (Napoli 2018) 817 ss.

[15] M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, [trad. it. di *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (Paris 1975)] (Torino, 1978) 11 ss., che accentua come proprio nei secoli XVIII e XIX, nell'esercizio della *coercitio* sovrana degli stati, tenda a scomparire lo «spettacolo della punizione» e la «presa sul corpo» del condannato, con l'annullamento del dolore.

i diversi tipi di sanzione vengono smontati nei loro *elementa prima* e rimontati in modo nuovo, grazie anche alla spinta dell'illuminismo giuridico di fine Settecento ed inizio Ottocento, costruendo una fisionomia della pena ancora incline alla funzione afflittiva, ma oramai libera dai modelli di «spettacolarizzazione» della irrogazione della stessa.

La sanzione conseguente al delitto compiuto si caratterizza ora di eguale afflizione, eguaglianza nella persecuzione penale che diviene quasi il simbolo politico del cambiamento, per un modello del diritto penale non più caratterizzato dalle società gerarchiche dell'antico regime, ma adeguato alla nuova società fondata sull'eguaglianza formale e sulle libertà individuali[16]. In realtà dietro l'eguagliamento formale della sanzione si annidano gravi profili di ingiustizia, connessi anche alla difficoltà di ponderare adeguatamente la reiterazione e le reali motivazioni dell'atto illecito.

La temperie di profonda trasformazione che coinvolge la natura afflittiva della pena, assume per lo più la forma della limitazione della libertà, con la reclusione in spazi civili (o che si voleva tali, almeno nelle idee dei fondatori della scienza del diritto penale) che separano (con la finalità specifica di nascondere) il detenuto dalla società relegandolo nel penitenziario.

Questo modello, come detto, si salda alla sovranità coercitiva dello Stato, rendendo la pena, intesa oramai come *ius puniendi* dello Stato, l'espressione concreta della persecuzione statale per la tutela di specifici «beni giuridici». Anche sul piano della individuazione dei «beni giuridici penalmente protetti», lo stato liberale si gioca la partita fondamentale nella selezione dei valori tutelati nella società borghese, modificando profondamente la prospettiva rispetto all'antichità. Lo stato è sempre di più l'arbitro delle scelte di politica del diritto penale, attraendo od escludendo dalla rilevanza penale gli illeciti in ragione di politiche lontane dalla realtà e dalla coscienza sociale. Si segna il definitivo allineamento dei contenuti del giuridico penale ad una politica del minimo etico.

Vale la pena rileggere alcune pagine di Franz Eduard von Liszt, che riflettono come uno specchio il quadro concettuale della nuova ideologia del secondo Ottocento.

Nel suo *Diritto penale imperiale tedesco* del 1881, von Liszt scriveva:

> «I. Nel campo del diritto penale, la coazione (*Zwang*) ci colpisce nella forma della pena. La pena è una statale coazione imposta per la tutela dei beni giuridici. Vale a dire, è la tutela del bene giuridico protetto attraverso una lesione di un altro bene giuridico; diminuendo o distruggendo alcuni beni giuridici protetti del criminale, si salvaguardano i beni giuridici protetti del resto della società. Questa è la componente costante, il nucleo essenziale di tutte quelle forme di apparenza che mutano secondo i tempi e i popoli che la pena ha assunto nel corso dello sviluppo storico.
>
> II. La pena raggiunge il suo scopo — tutelare i beni giuridici — in due modi.

[16] F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, 74-78.

1. Come coazione o motivazione indiretta, accrescendo e rafforzando i motivi che dissuadono l'individuo dal commettere reati; in quanto a) la minaccia della pena ha un effetto deterrente (deterrente e ammonitore);
b) l'esecuzione della pena assicura o potenzia l'effetto della minaccia sia sul punito che su tutti gli altri (prevenzione speciale e generale); rende stabile (miglioramento) l'equilibrio morale divenuto instabile del reo.

2. Come coazione diretta e forza fisica attraverso il sequestro permanente o temporaneo del reo.

III. La tipologia e l'entità della pena devono, quindi, basarsi solo sull'obiettivo perseguito nel singolo caso. La pena deve essere diversa per contenuto e portata se è intesa a prevenire, diversa se è intesa a premiare, diversa se è intesa a garantire. Tuttavia, la moderna legislazione penale solo raramente e per lo più inconsciamente rende omaggio a questa idea; tratta secondo lo stesso modello l'incorreggibile ladro abituale e il pentito criminale opportunista.»[17].

Le poche righe riportate esprimono bene non soltanto l'aria dei tempi, ma anche la duplice forza di impatto del contributo di Franz von Liszt: da un lato sul piano della dogmatica e della sistematica del diritto penale, dall'altro sulla politica criminale[18]. In questa sede, interessa il primo apporto, che assume un significato essenziale per cogliere il senso della «pandettizzazione» del diritto penale dello stato liberale. Con ciò intendo dire che è possibile seguire un percorso condiviso (anche se non per forza consapevole) di traduzione nel giuridico penale delle grandi categorie del sistema pandettistico di rappresentazione del diritto privato. Soggetto di diritto, oggetto di diritto, diritto soggettivo, negozio giuridico, rapporto giuridico quali macro-categorie che segnano il ragionare del giurista, trovano corrispondenti in nuove categorie penalistiche che hanno una forza dirompente nella

[17] F. E. VON LISZT, *Das Deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts systematisch dargestellt*, Berlin und Leipzig, 1881, 3-4: «I. Auf dem Gebiete des Strafrechtes tritt uns der Zwang entgegen in der Gestalt der Strafe. Die Strafe ist staatlicher Zwang zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes. Und zwar ist sie Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung; indem sie beſtimmte Rechtsgüter, deren Träger der Verbrecher ist, schmälert oder vernichtet, sichert sie die Rechtsgüter der übrigen. Das ist der konstante Bestandtheil, der wesenhafte Kern aller jener nach Zeit und Volk wechselnden Erscheinungsformen, welche die Strafe im Laufe der geschichtlichen Entwickelung angenommen hat. II. Die Strafe erreicht ihren Zweck — Rechtsgüterschutz zu sein — auf zweisachem Wege. 1. Als mittelbarer Zwang oder Motivation durch Vermehrung und Kräftigung der den Einzelnen vom Verbrechen abhaltenden Motive; und zwar indem a) die Androhung der Strafe abhaltend (abschreckend und warnend) wirkt; b) der Vollzug der Strafe die Wirkung der Androhung, dem beſtraften wie allen anderen gegenüber, sichert oder potenzirt (Spezial- und Generalprävention); das labil gewordene sittliche Gleichgewicht des Verbrechers zu einem stabilen macht (Besserung). 2. Als unmittelbarer Zwang oder physische Gewalt durch dauernde oder vorübergehende Sequestrirung des Verbrechers (Sicherung). III. Art und Maß der Strafe hat sich daher lediglich nach dem im Einzelfalle angeſtrebten Ziele zu richten. Die Strafe muß eine andere sein nach Inhalt und Umfang, wenn sie präveniren, eine andere wenn sie bessern, eine andere wenn sie sichern soll. Allerdings huldigt die moderne Strafgesetzgebung nur selten und meist unbewußt diesem Gedanken; sie behandelt den unverbesserlichen Gewohnheitsdieb und den reuezerknirschten Gelegenheitsverbrecher nach derselben Schablone.».

[18] Su questo duplice ruolo del contributo del von Lizst al *Bürgerstrafrecht* si vd. F. MUÑOZ CONDE, *Franz von Liszt (1851-1919). Franz von Liszt als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker*, in *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, hrsg. S. GRUNDMANN, M. KLOEPFER, CHR. G. PAULUS, R. SCHRÖDER, G. WERLE, Berlin-New York, 2010, 439 ss.

edificazione della parte generale del diritto penale: soggetto (attivo e passivo) del reato; bene giuridico protetto; la scomposizione in elementi sempre ricorrenti nei diversi reati tipici: condotta, evento, nesso di causalità, elemento soggettivo.

3. *Concezione comunitaria e tipizzata della pena nel diritto penale romano.*

Almeno due sono le varianti da tenere in conto, quindi, per comprendere la complessità del sistema penale romano: la prima, è la pluralità degli ordini giuridici che interagiscono nella concreta formazione dei singoli tipi di delitto; la seconda, sono i diversi contesti comunitari di esercizio del potere, nei quali emerge la concreta irrogazione della punizione.

Come è stato esattamente affermato, in rapporto al periodo dall'età monarchica alle XII Tavole: «anche nel campo della repressione penale si manifesta la indipendenza dei gruppi famigliari. La repressione è invero in origine compito delle *familiae* e in particolare del loro capo, il *pater*. La *civitas* interverrà poi solo per garantire una più efficace tutela dell'ordine interno alla comunità che si va costituendo, fissando innanzitutto alcune regole da tutti riconosciute, che disciplinino l'esercizio della autotutela e impediscano il degenerare verso faide devastanti»[19].

Rispetto alla prima prospettiva, nel *ius civile* arcaico si segnalano costruzioni imperative diversificate, tese ad esprimere il momento della sanzione: *paricidas esto, sacer esto, talio esto, multas esto, damnas esto, poenae esto*. Esse sembrano esprimere il momento della sanzione evocando un contenuto giuridico-sacrale condiviso dalla comunità dei *Quirites* e forse precipitato di *mores* precivici, di difficile ricostruzione per i moderni. In particolare, in tali contesti, si ha l'emersione di rituali privati di irrogazione di sanzioni di natura differente (capitali, corporali, pecuniarie) approvati dalla comunità ed in parte da essa controllati.

Il termine *poena*, dal greco ποινή, compare in statuizioni scritte già nelle XII Tavole, rispetto ai delitti di *os fractum* e di *iniuriam facere*. Il termine tende a qualificare, nel senso di punizione stabilita nella legge, la previsione di una somma determinata in assi librali che il reo paga come riscatto per liberarsi da una soggezione (*talio* o *manus iniectio*) (tab. VIII.3: *manu fustive si os fregit libero, CCC, <si> servo, CL poenam subit <assium>*; tab. VIII.4: *si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque poenae sunto*)[20].

Un primo gruppo di testimonianze attinenti al *membrum ruptum* e all'*os fractum* dimostra un'originaria centralità della *talio* quale conseguenza del delitto commesso. A questo riguardo, il confronto tra le testimonianze è illuminante:

Cato, *origines l. IV* (Peter): *Si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur.*

[19] G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena* cit., 7.

[20] Per la discussione sulla possibile differente natura della *poena* nell'ipotesi dell'*os fractum* e nell'*iniuria* semplice nelle XII Tavole, si vd. *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, cit., 93-94. Va rilevato che in Gell. *Noct. Att.* 16, 10, 8 soltanto la *poena* dei 25 assi sembra assumere una qualificazione distintiva rispetto alla *talio* (*cum et viginti quinque asses et taliones evanuerint omnisque illa XII tab. antiquitas*), così come altresì essa è presupposta nella replica di Africano in *Noct. Att.* 20, 1, 31-32.

XII tab. VIII,2: *membrum rup[s]it, ni cum em eo pacit, talio esto.*

XII tab. VIII,4: *si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque poenae sunto.*

Coll. II,5,5: *Iniuriarum actio aut legitima est… Legitima ex lege XII tab.: 'qui iniuriam alteri facit, V e XX <assium> poenam subito', quae lex generalis fuit: fuerunt et speciales, velut illa: 'manu fustive si os fregit libero, CCC, (si) servo, CL poenam subit <assium>.*

Per Catone il Censore la *talio* è prevista sia per il *membrum ruptum* che per l'*os fractum*. La *talio* andava irrogata dal *cognatus proximus*. Si tratta evidentemente degli agnati prossimi della vittima, come si deduce dalla *interpretatio* a tab. V, 4 di *adgnatus proximus* ora in Coll. 16,3,3 (*si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre: si nec hi sunt, ad reliquos adgnatos proximos, id est cognatos virilis sexus per mares descendentes eiusdem familiae*). Questa interpretazione è avvalorata dall'uso di *ulciscor* che evoca un contesto di irrogazione rituale della *talio* da parte del parente della vittima al reo, proiettando il contenuto della statuizione catoniana in àmbiti predecemvirali di *ius*, radicati negli ordini familiari e nei rapporti interfamiliari. Il confronto con le XII Tavole, infatti, ove non si fa più menzione della *talio* nel caso di *os fractum*, più che intendersi come inaffidabilità della tradizione sulle XII tavole in materia[21], segnala un regime anche per l'*os fractum* nel quale, ancora nelle XII Tavole, nelle quali si prevede già una *poena* pecuniaria fissa quale somma di riscatto, in caso di non versamento dei 300 assi o dei 150 assi da parte dell'autore dell'illecito egli ricadesse inesorabilmente nella *talio*[22]. Sulle ragioni che nel contesto decemvirale permettono di prevedere una *poena* determinata nel caso dell'*os fractum* e non per il *membrum ruptum*, quale fissazione *ex lege* di un onere di riscatto dell'autore dell'illecito rispetto ad una pena afflittiva più grave, mentre per il *membrum ruptum* appunto tale somma di riscatto è rimessa ad una *pactio* compositiva delle parti, mi sembra convincente la soluzione da tempo avanzata in dottrina, che, a differenza dell'ipotesi meno grave, quella del *membrum ruptum* non si presterebbe ad una armonizzazione sul piano della prassi compositiva, così da impedire un suo precipitato unificante nel codice decemvirale[23].

---

[21] Così A.D. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell' 'iniuria' in età repubblicana*, Milano, 1977, 72 ss.

[22] Vd. ora M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in AA.VV., *Forme di responsabilità in età decemvirale,* Atti del convegno di Roma 7 dicembre 2007, a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI E M. F. CURSI, Napoli, 2008, 41 ss., in particolare 84-85 che ipotizza come quella di Catone sia una regola (decemvirale o legata alla pratica applicazione della sanzione) del rito afflittivo. M.F. CURSI, *La formazione delle obbligazioni 'ex delicto'*, in RIDA LVIII, 2011, 143 ss., in particolare 148, propone ora una ipotesi secondo la quale Catone esprimerebbe una *interpretatio* più tarda di unificazione delle fattispecie di *iniuria*. Se la *talio* è una sanzione dell'*os fractum* secondo le *origines* di Catone, mentre le testimonianze in nostro possesso per le XII Tav. attestano la previsione di una *poena* determinata per lo stesso illecito, è certo possibile pensare ad una espansione di efficacia post-decemvirale della *talio*. Mi sembra, però, che sia necessario tenere in conto che la nostra percezione del valore della statuizione decemvirale possa in parte essere condizionata dal nostro modo di sentire il valore della *lex*. Forse, il valore originario della *talio* quale iniziale sanzione tipica per *l'os fractum* nei *mores* predecemvirali resta il contesto giuridico nel quale è calata la statuizione decemvirale a noi pervenuta, tutta concentrata sul momento della somma certa *ex lege* quale onere di riscatto.

[23] G. PUGLIESE, *Studi sull' 'iniuria'*, Milano, 1940, 32 ss.

Da evidenziare in questo contesto come l'irrogazione della pena sia interna ad un rito controllato dalla comunità dei *Quirites*. Le fonti, a questo riguardo, segnalano la possibilità per l'autore del delitto di evitare la *talio* accordandosi (*pacere*) con la vittima sul pagamento di una somma, somma che non è una 'obbligazione' di pagare una *poena* pecuniaria, ma appunto un prezzo di riscatto[24].

Nelle ipotesi di *os fractum* e di *iniuria* semplice, almeno al tempo delle XII Tavole, la *poena* in una somma fissa predeterminata (300 o 150 assi librali, a seconda la vittima sia una persona libera o uno schiavo, in caso di *os fractum*; 25 assi librali in caso di *iniuria*) sembra segnare un salto definitivo nella strada del superamento dalla *vindicta* alla *poena,* che resta in ogni caso, quantomeno per l'*os fractum*, una quantificazione *ex lege* del prezzo di riscatto per evitare la immediata *talio* originaria (come dimostra Catone).

Nel quadro terminologico visto, *poena* non assume, quindi, un ruolo centripeto, ma sembra riflettere la rappresentazione delle conseguenze specifiche di alcuni tipi di delitto e non di altri. È in sostanza impossibile rileggere in chiave trasversale questa complessità con categorie concettuali unitarie.

Ciò vale anche per quanto riguarda la stessa costruzione dello schema giuridico in cui si concretizza la persecuzione penale del delitto, cioè una legittima *coërcitio* privata o pubblica e non una *obligatio* (*ex delicto* appunto). Si deve, a questo riguardo, ad Emilio Betti[25] e Fernand De Visscher[26], di avere impostato correttamente il problema, dimostrando che l'impostazione tradizionale tendeva a sovrapporre lo schema recenziore della *obligatio ex delicto* su una realtà molto più complessa ed estranea allo schema dell'obbligazione. Si tratta di un movimento (non lineare) nel quale schemi giuridici con funzioni differenti, trovano

---

[24] Sulla netta distinzione dogmatica, fondamentale E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana* cit., 184 ss. Di recente, M.F. CURSI, *La formazione delle obbligazioni 'ex delicto'* cit., 147-150, ha ipotizzato l'attrazione in uno schema obbligatorio *ex delicto* delle *poenae* in somme pecuniarie fisse previste nell'*os fractum* e nell'*iniuria* semplice. Per poter riconoscere la presenza di uno schema obbligatorio, infatti, – come la studiosa romana esattamente evidenzia nel descrivere le due opzioni interpretative legate alle conseguenze della *pactio* per il *membrum ruptum* – sarebbe necessario ipotizzare che la somma pattuita per evitare la *talio* fosse per il leso azionabile "nelle forme proprie dell'obbligazione negoziale" (p.147). Nel contesto decemvirale, se comprendo bene, il discorso svolto dall'amica e collega Floriana Cursi, si dovrebbe pensare già, quindi, ad una attrazione di tali somme in un *dare oportere* tutelato con *agere sacramento in personam* (unica alternativa alla *iudicis postulatio* riservata all'*oportere ex sponsione*). Se così fosse stato, almeno nel contesto decemvirale, le statuizioni sull'*os fractum* e sull'*iniuria* semplice dovrebbero quindi esprimere una struttura logica della statuizione antitetica al *membrum ruptum*, dove invece la sanzione afflittiva era evitata con la *poena pecuniaria* divisata dalle parti. D'altronde, la regola consuetudinaria sorta nell'*interpretatio* post-decemvirale ricordata in Gell. XX, 1, 36-38, pur evidenziando una priorità logica della *aestimatio iudicis*, rispetto alla pena afflittiva, conserva per quest'ultima la *poena* del taglione; sul punto si veda la giusta notazione di M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata* cit., 77-78. A questo riguardo, mi sembra che, rispetto ai 300 o ai 150 assi previsti come *poenam subire* nell'*os fractum*, la notizia di Catone sia rilevantissima, perché ci fa capire che anche per questo tipico delitto il contesto giuridico di comprensione della statuizione conservava un meccanismo simile alla *membri ruptio*. Nel caso, infatti, in cui l'autore dell'illecito non avesse pagato i 300 assi o i 150 assi stabiliti nelle XII Tavole, il leso non avrebbe esercitato un *agere sacramento in personam* per far valere un *dare oportere* dell'autore, ma avrebbe agito direttamente per la *talio*. Restano quindi i 25 assi dell'*iniuria* semplice, unica ipotesi nella quale risulta in astratto possibile pensare ad un'azionabilità di natura dichiarativa in termini di *dare oportere*.

[25] E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, (1919) 1955, 97 ss.; 118 ss.

[26] F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation 'ex delicto'*, in RHDFE (4e sér.), 7, 1928, 335 ss.; IDEM, *'Vindicta' et 'noxa'*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, Milano, 1930, III, 233 ss.

negli ultimi secoli della Repubblica una ricostruzione ordinante attraverso lo schema dell'*obligatio*.

Il contesto ampio di esercizio della persecuzione penale, sia questa propria dei rapporti interfamiliari, sia questa già mediata e controllata dalla *res publica*, resta nell'àmbito della soggezione diretta del reo ad un potere di aggressione legittimo (sia questo esercitato in ambiti familiari o interfamiliari, sia questo esercitato da un potere pubblico). Su tale contesto si innesta una possibile soluzione patrimoniale, quale pagamento di una somma in assi librali a titolo di riscatto che viene qualificato quale *poenam subire*.

L'orazione *pro Rhodiensibus* del 167 a.C. di Catone il censore, in uno stralcio tramandato da Aul. Gell., *Noct. Att.* 6, 3, 36-37[27] , assume al riguardo un valore essenziale, in quanto dimostra come già nella prima metà del II secolo a.C. la giurisprudenza romana avesse realizzato una *interpretatio* unificante di tale realtà complessa, sul piano della comune natura penale, delle diverse forme di sanzione (*poena, multa, damnas*). Catone, nello stigmatizzare la possibilità di sanzionare il solo intento di compiere l'illecito, qualora poi non se ne dia corso, ricorda una serie di ipotesi di illeciti sanzionate da *leges publicae,* con lo scopo di evidenziare come la tradizione romana fosse coerente nel non sanzionare mai il semplice intento di compiere l'illecito, ma soltanto il suo concreto compimento. La forza oratoria di persuasione del discorso catoniano è direttamente proporzionale alla capacità di evocare – in chiave falsificata ad arte per avvalorare la propria tesi – i *verba legis* ben conosciuti dagli uditori, sostituendo alle costruzioni verbali realmente usate nelle *leges* richiamate ed esprimenti il perfezionamento della condotta illecita, la costruzione delle stesse quali condotte solo pensate ma non realizzate, con la costruzione al *velle* (*facere voluerit*; *habere voluerit*)[28].

Da ciò si deve dedurre, appunto, che nell'orazione la scelta catoniana delle leggi richiamate perseguisse l'obiettivo di indicare il più ampio spettro di testimonianze che escludessero con certezza e pienezza la rilevanza giuridica dell'intento di compiere l'illecito.

---

[27] *Verba autem ex ea oratione M. Catonis haec sunt: "Qui acerrime adversus eos dicit, ita dicit ' hostes voluisse fieri'. Ecquis est tandem, qui vestrorum, quod ad sese attineat, aequum censeat poenas dare ob eam rem, quod arguatur male facere voluisse ? Nemo, opinor; nam ego, quod ad me attinet, nolim." Deinde paulo infra dicit: "Quid nunc ? Ecqua tandem lex est tam acerba, quae dicat 'si quis illud facere voluerit, mille, minus dimidium familiae, multa esto; si quis plus quingenta iugera habere voluerit, tanta poena esto; si quis maiorem pecuum numerum habere voluerit, tantum damnas esto ?'. Atqui nos omnia plura habere volumus et id nobis impune est".*

[28] In relazione al divieto di possedere più di 500 capi di bestiame, probabilmente da collegare alla *lex Licinia Sextia de modo agrorum* del 367 a.C. (prudente F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, Napoli, 2006[3], 122 n.36), la sanzione è ricordata da Catone in termini di *tantum damnas esto* (*si quis maiorem pecuum numerum habere voluerit, tantum damnas esto*). Si tratta di una testimonianza che collegandosi ad una legge pubblica del IV sec. a.C., ricorda una costruzione nella quale al *damnas* con valore assoluto si collega una quantificazione determinata di *pecunia* (*tantum*). È una costruzione nella quale la predeterminazione *ex lege* di una somma collegata al *damnas esto* non indica la *poena* pecuniaria che chi non rispetti il divieto legale deve pagare, ma l'entità legale del prezzo di riscatto dalla soggezione alla *manus iniectio*. È significativo che la costruzione catoniana non colleghi il *tantum* ad un *dare,* come, invece, accadrà nella più recente *lex Aquilia* (*quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum erus dare damnas esto*). La sua funzione è, quindi, quella di rappresentare la 'somma' del riscatto possibile del *damnatus* dalla diretta soggezione alla *manus iniectio*, con un significato analogo alle costruzioni seriori in termini di *tantum dare damnas esto*. Ciò, però, non deve far smarrire la rilevanza della costruzione più antica, in quanto essa è espressione di un momento terminologico intermedio tra la *damnatio*-sanzione e la *damnatio*-soggezione dalla quale il *damnas* può liberarsi con la somma di riscatto.

Da qui le ipotesi, che sono esemplificative in una prospettiva moderna di tre modelli di sanzione legislativa: *multas esto*, *poenae esto* e *damnas esto*[29].

Questo quadro è coerente anche al delitto di furto, nel quale si hanno regole arcaiche predecemvirali che evocano forme legittime di aggressione diretta, ancora attestate nelle XII Tavole. Contro il *fur nocturnus* ed il ladro colto di giorno *si se telo defendit*, si sancisce la *poena capitis* irrogata direttamente dal derubato, qualificandosi *iure* l'eventuale uccisione del ladro (tab. 8, 12: *si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*; tab. 8, 13: *Luci … si se telo defendit… endoqueplorato*).

Contro il *fur manifestus* si sancisce una *addictio* diretta (tab. 8, 14 in base a Gell. 11, 18, 8), che Gai. 3, 189 qualifica quale *poena capitalis*. È al riguardo interessante notare come la *disputatio fori* post-decemvirale ricordata nella seconda parte di Gai. 3, 189 (*utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant*) presuppone una *addictio* stragiudiziale del ladro al derubato ed è perfettamente acconcia al protagonismo decemvirale della *manus iniectio iudicati* (rispetto alle forme arcaiche di *manus iniectiones* consuetudinarie). Soltanto in tal modo è chiara la collisione con gli effetti afflittivi più antichi dell'*addictio* del *fur manifestus* che per definizione non è *iudicatus*. La sua attrazione nel regime giuridico degli effetti dell'*addictio* contro il *iudicatus* non ne implicava, infatti, per i *veteres* identificazione (*adiudicati loco*).

Nell'ipotesi di furto, sulla persecuzione privata si innesterebbe il modello della *Volksjustiz* attraverso la *endoploratio*, che crea la dimensione di legittimità della irrogazione della *addictio* senza *iudicatum*.

D'altronde, come una parte della dottrina ha ben evidenziato[30], la funzione penale della *manus iniectio* stragiudiziale ne rappresenta l'archetipo, sulla quale le XII Tavole impongono una forza centripeta del controllo del titolare di *imperium* e *iurisdictio*, fino a sovrapporre alla sua originaria funzione penale, la funzione di *agere* esecutivo connesso al *iudicatum*[31].

---

[29] Bruns, partendo proprio dalla tripartizione catoniana *multa esto, poena esto* e *damnas esto,* evidenziò una differenza sostanziale, che sarebbe confermata dalle fonti epigrafiche, in base alla quale *multa esto* indicherebbe la 'pena' pecuniaria connessa a crimini pubblici e soggetta a *provocatio,* il *poena esto* esprimerebbe la 'pena' pecuniaria connessa a crimini pubblici o delitti privati non soggetta a *provocatio* ed, infine, il *damnas esto* esprimerebbe la soggezione diretta alla *manus iniectio* (individuale o popolare a seconda dei casi) per una 'pena' pecuniaria irrogata per un delitto privato: K.G.BRUNS, *Die römischen Popularklagen*, in ZRG. 3, 1864, 341 ss., sul *multa esto* 348-358, distinguendo tre generi di multe; sul *poena esto* 358-360, dove l'elemento distintivo tra la *poena* connessa al crimine pubblico e la *multa* deriverebbe dalla assenza dell'*infamia*; sul *damnas esto* 360-370.

Nella sua critica a Bruns, Theodor Mommsen (TH. MOMMSEN, *Die Popularklagen*, in ZSS. 23, 1903, 1 ss., in particolare 2 n.3) ritenne al contrario la forma *dare damnas esto* una costruzione più recente delle altre, simile al *multare*, mentre il significato più antico, evocato dal *damnas esto* nel *votum* e nello stesso legato *per damnationem*, impedirebbe di intenderlo nel senso di Bruns, ipotizzando per *damnas* un significato analogo all' imperativo di *dare*.

[30] Fondamentale B. ALBANESE, *Illecito (Storia)*, cit., 56-58, che efficacemente parla di *manus iniectio* "come una vera e propria pena, e nient'altro che una vera e propria pena" (p.57). Vd. più di recente G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di 'damnum'* cit., 65 ss.; L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in AUPA, 2009, 115 ss., in particolare 147 ss.

[31] Si deve ad un brillante lavoro di una giovane studiosa napoletana, il tentativo di ripulitura concettuale della nozione di 'esecuzione', la quale ipotizza una forte rilettura del problema con l'introduzione della *manus iniectio iudicati*; A. SALOMONE, '*Iudicati velut obligatio'. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, 119 ss.

Ciò vale in età predecemvirale, a mio modo di vedere, come ha ipotizzato Renato La Rosa, anche per le ipotesi di *fur nec manifestus*[32]. Il *duplione damnum decideto*, in sostanza, presuppone la soggezione del *fur nec manifestus* alla *manus iniectio*, mentre il sintagma dell'*actio furti nec manifesti* formulare *PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERE* ne sarebbe una forma successiva, conseguenza della attrazione delle conseguenze del furto nell'alveo dell'idea di doverosità espressa dall'*oportere*. La resistenza nella terminologia formulare della costruzione al *damnum decidere* quale oggetto dell'*oportere* è indizio della sua risalenza, che non può a mio avviso farsi coincidere con l'introduzione stessa della formula dell'azione. Credo, in sostanza, che per il furto non qualificato da flagranza, originariamente tutelato con *manus iniectio*, sia plausibile una precondizione della qualifica formulare in termini di *damnum decidere oportere* già nelle *legis actiones*[33], quale modello linguistico preso come riferimento per la *conceptio* della *formula* dell'*actio furti*.

Ciò presuppone per la *damni decisio* nel *duplum* necessariamente una procedura di determinazione del *quantum* del valore della *res furtiva*. A questo riguardo, le stesse XII Tavole (tab. 12,3 in base a Fest. *de verb sign.* 'vindiciae'; Lindsay 516, l.24), in caso di *vindicia falsa* – quale tipico delitto sanzionato in termini di *duplione damnum decidito* – sancivano una procedura estimatoria su iniziativa dell'autore dell'illecito. La statuizione decemvirale, infatti, stabilisce che "SI VINDICIAM FALSAM TULIT, SI VELIT IS […] <PRAE>TOR ARBITROS TRIS DATO; EORUM ARBITRIO […] FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDETO". Mi pare che una tale procedura, condizionata dall'iniziativa dell'autore dell'illecito[34], esprima una soluzione diversa sia a quanto visto in tema di *membri ruptio* rispetto alla composizione volontaria delle XII Tavole (tab. 8, 2), sia alla *aestimatio iudicis* per la determinazione della *poena* pecuniaria emersa nella *interpretatio pontificum* successiva, qualora il reo non addivenga alla *pactio*, né accetti però di sottoporsi alla *talio* (Aul Gell., *noct. Att.* 20, 1, 36-38), sia alla fissazione *ex lege* di una *poena* pecuniaria sostitutiva di quella afflittiva, come nell'*os fractum* (tab. 8, 3) e nell'*iniuria* semplice (tab. 8,4). I tre arbitri, infatti, sono 'dati' dal <*prae*>*tor*, su iniziativa

[32] R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica*, Napoli, 1990, 113 ss.

[33] Per un'attrazione originaria – e non acquisita - della *poena* del *duplum* nello schema obbligatorio (così M. F. CURSI, *La formazione delle obbligazioni 'ex delicto'* cit., 151 ss. e 170) osta a mio avviso il significato del *damnum decidere*, quale sintagma resistente fino alla *formula in ius* dell'*actio furti*, e che evoca una situazione di scioglimento da un vincolo. È chiaro che in questo caso, l'ipotesi di un'attrazione della tutela del furto non qualificato da flagranza nello schema obbligatorio e non di un'immediata soggezione alla *manus iniectio* dell'autore evitata col versamento del doppio del valore della cosa rubata, impone di ritenere percorribile – cosa in astratto possibile – la strada obbligata, almeno per l'età delle XII Tavole, dell'*agere sacramento in personam* diretto a vedere riconoscere un *duplione damnum decidere oportere* del ladro. Per quanto però, ne sappiamo (e purtroppo ne sappiamo poco) l'*agere sacramento in personam* aveva ad oggetto un *dare oportere* (vd. *supra* II, 2). Se la giurisprudenza pontificale avesse all'epoca delle XII Tavole attratto le conseguenze pecuniarie del furto *nec manifestum* nel *dare oportere* non si spiegherebbe l'arcaicità della formulazione al *damnum decidere* come oggetto di *oportere* con l'introduzione della formula dell'*actio furti*. Sul punto vd. ulteriori approfondimenti in C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 247 ss. ed infra.

[34] Modifico, al riguardo, quanto avevo sostenuto in relazione al significato da riconoscere al *si velit is* della statuizione decemvirale in *La nozione giuridica di 'fructus'* cit., 40 ss. Difficile pensare, infatti, che l'*is* sia persona diversa da colui che *vindiciam falsam tulit* ed al quale è riconosciuta la facoltà di evitare una pena afflittiva peggiore attivando la procedura estimatoria dei tre arbitri. Vd. sul punto ora M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata* cit., 85 ss.

dell'autore dell'illecito, con il fine di determinare il valore patrimoniale su cui poi operare la *damni decisio* nel doppio.

Nello schema della *damni decisio*, quale onere di riscatto da una pena afflittiva peggiore, si innestano quindi nuovi schemi giuridici che hanno però la stessa finalità funzionale, quella di determinare una *poena* pecuniaria sostitutiva. Così anche nel *membrum ruptum*, con un movimento probabilmente di natura consuetudinaria guidato dalla *interpretatio pontificum,* la *poena* pecuniaria diventa la conseguenza consueta del delitto in base ad una *aestimatio iudicis* quando il reo rifiuti di subire la *talio*. Così la *poena* pecuniaria fissata *ex lege* per il *furtum nec manifestum*, per l'*os fractum* e per l'*iniuria*.

Si tratta di una rappresentazione della pena che è conseguenza di una visone forte del ruolo del singolo nella società, quest'ultima caratterizzata da una forte trama relazionale[35]. Di fronte ai fatti più gravi (uccisioni, lesioni, furti ecc.), riemerge una forza diretta di intervento basata sull'evidenza dell'illecito e di attrazione nell'alveo del *ius* anche di atti di autodifesa e di irrogazione privata della sanzione.

Non è, peraltro, irrilevante né scontato che sulla irrogazione privata della sanzione si innesti il riscatto realizzato col pagamento di una somma di denaro pre-determinata *ex lege* per evitare la soggezione, in quanto ciò renderà più facile l'attrazione della *poena* nell'alveo più raffinato dell'*oportere* e quindi nella grande conquista per la nostra tradizione giuridica dell'*obligatio ex delicto*.

4. *L'attrazione della 'poena' nell''oportere' quale archetipo della 'obligatio poenae'.*

Una croce interpretativa della scienza romanistica è rappresentata dalla *formula in ius concepta* dell'*actio furti nec manifesti*. In particolare, è di difficile comprensione l'*intentio* nella quale l'attore afferma che il convenuto PRO FURE DAMNUM DECIDI OPORTERE (Gai. 4, 37; 4, 45)[36].

In altro contributo ho ritenuto che la difficoltà di interpretare il sintagma suddetto assuma, invece, piana spiegazione. La *damni decisio*, quale onere compositivo di riscatto per il ladro che voglia evitare la *manus iniectio*, include l'eteroriscatto. Il *pro fure* non ha quindi il significato di "quale ladro" "in qualità di ladro" "come ladro". La formula dell'*actio furti ficticia* proposta contro lo straniero e ricordata in Gai.4,37 non deve trarre in inganno. Lì la

---

[35] Val la pena riportare quanto affermava già G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit., 6 n.1 (continua da p.5): "non deve essere trascurata l'assistenza […] dei consociati, e principalmente dei vicini e dei parenti, assistenza la quale trovava la sua giustificazione nella conformità al *ius* o al *fas* dell'atto di violenza compiuto da un individuo rispetto ad un altro, secondo le risultanze di un giudizio popolare basato sull'evidenza". Sul punto si veda ora F. ZUCCOTTI, *Vivagni III. Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Rivista di Diritto Romano*, 3, 2003, in particolare 14 ss.; C. PELLOSO, *Studi sul furto* cit., 135 ss.; L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione* cit., 147 ss.

[36] La *formula* dell'*actio furti nec manifesti* è stata così ricostruita: C. AQUILIUS IUDEX ESTO. SI PARET A. AGERIO A N. NEGIDIO OPEVE CONSILIO N. NEGIDII FURTUM FACTUM ESSE PATERAE AUREAE SESTERTIUM X MILIUM PLURISVE, QUAM OB REM N. NEGIDIUM PRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTET, QUANTI EA RES FUIT CUM FURTUM FACTUM EST TANTAE PECUNIAE DUPLUM C. AQUILIUS IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET ABSOLVITO; O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum* cit.,324 ss.; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano* cit., 62-63.

finzione è espressa dal *si civis esset… damnum decidere oporteret* e non dal *pro fure*[37]. Il sintagma *pro fure damnum decidere oportet* è quindi la struttura linguistica di espressione della pretesa attorea anche nella formula dell'azione contro il cittadino. Come aveva brillantemente proposto Fernand De Visscher, il *pro fure* ha in quel contesto un significato materiale e concreto "pour le voleur"[38]

Il *duplione damnum decideto* delle XII Tavole, attestato espressamente in materia di *vindicia falsa* (tab. 12,3), ma sicuramente da integrare nella parte finale di tab. 8, 16[39], è l'archetipo del sintagma che poi nella formula dell'azione si aggancia all'*oportere*.

L'avvenuto collegamento è indizio di grande salto in avanti della nostra civiltà giuridica. Si tratta, infatti, di un'innovativa interpretazione giurisprudenziale degli effetti del furto, non più un illecito che sottopone il ladro all'immediata soggezione alla *manus iniectio* del derubato, salvo l'onere di riscatto nel doppio (*duplione damni decisio*), ma 'dovere giuridico' di riscattarsi pagando la pena del *duplum*. Si ha qui una rilettura raffinata della funzione penale della tutela del furto, che supera nel diritto romano il modello 'afflittivo'.

La resistenza nel nuovo schema dell'*oportere* del sintagma arcaico (*damnum decidere*) evocante la composizione, segnala altresì l'antichità dell'*interpretatio*, probabilmente connessa ad una sua utilizzazione già nella tutela con *lege agere sacramento in personam* in caso di *furtum nec manifestum* (come superamento di un originario ricorso diretto alla *manus iniectio*), passato poi nella azione con *formula ficticia* contro i ladri stranieri, per poi venire definitivamente acquisita nei *concepta verba* della formula *in ius* dell'*actio furti nec manifesti*[40].

Ciò determina il contesto concettuale per l'attrazione delle conseguenze del furto nella giurisprudenza tardo-repubblicana nella *obligatio*. In uno stralcio dei *libri de duodecim tabulis* di Labeone tramandato da Aulo Gellio abbiamo un sorprendente accostamento tra due modi di considerare le conseguenze del *furtum usus*, che ci permettono di cogliere più nel dettaglio questo momento epocale.

> Aul.Gell. *Noct. Att.* 6, 15,1-2: *Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres scripsit idque Brutum solitum dicere et furti damnatum esse, qui iumentum aliorsum*

---

[37] Puntuale D. MANTOVANI, *Le formulae del processo privato romano* cit., 63 n. 210. Sul problema, si veda ora l'approfondito studio di J. PLATSCHEK, *Die Klageformel gegen den peregrinen Dieb in Gai.4,37. Zugleich zum Aufbau der actio furti*, in ZSS.RA. CXXXI, 2014, 395 ss.

[38] *Les origines de l'obligation 'ex delicto'*, in RHDFE (4éme S.) 7, 1928, 335 ss., in particolare 371-372.

[39] Esattamente S. RICCOBONO, in FIRA I², 60. Non corretto escludere la integrazione di Tab. 8, 16 in base a Ulp. D. 4, 4, 9, 2 (dove si evince che la damni decisio possa essere un regime più favorevole al minore di 25 anni che abbia commesso un furto rispetto che alla diretta condanna nel doppio o nel nel quadruplo) che secondo la tesi di H.F. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom Furtum*, in ZSS. XXIII, 1902, 315 ss., in particolare 325, dimostrerebbe l'inconciliabilità della *damni decisio* con la formula dell'*actio furti* nel doppio o nel quadruplo, in quanto se da un lato il *pro fure damnum decidere* è oggetto a dir poco eclettico dell'*oportere* nei *concepta verba* dell'azione – ed è merito dello stesso Hitzig averlo ben evidenziato – esso esprime un fossile dogmatico dell'archetipo decemvirale, poi confluito come forma linguistica resistente nei *concepta verba* della *formula in ius* dell'*actio furti*. Sul punto, dopo un attento esame del problema, vd. le convincenti conclusioni di C. PELLOSO, *Studi sul furto* cit., 246 ss.

[40] Si vd. sulla discussione della forma di tutela nelle *legis actiones* del furto non qualificato da flagranza, il dibattito tra R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica*, Napoli, 1990 (per il quale si avrebbe anche una diretta utilizzazione della *manus iniectio* contro il *fur nec manifestus*) e C. PELLOSO, *Studi sul furto* cit., 244 ss., che pensa al *lege agere sacramento in personam*.

duxerat, quam quo utendum acceperat, item qui longius produxerat, quam in quem locum petierat. Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, XVI verba haec posuit: "quod cui servandum datum est, si id usus est, sive, quod utendum accepit, ad aliam rem, aeque accepit, usus est, furti se obligavit".

Si deve tenere in conto la differente rappresentazione linguistica del delitto di furto tra Giunio Bruto e Quinto Mucio Scevola. Le due costruzioni descrivono le conseguenze dell'uso difforme dal pattuito nel comodato in termini di *furtum usus*. Il polo attrattivo doveva, quindi, negli intenti dei due giuristi, rappresentare la costruzione giuridica propria del furto, determinando *per relationem* l'applicazione delle conseguenze proprie del delitto all'ipotesi particolare[41]. Secondo quanto testimonia Labeone, la concezione di Bruto, secondo la quale chi usava la cosa prestata in uso in modo difforme da quanto stabilito, era da considerarsi *furti damnatus*, era espressione della costruzione più antica che andava riportata ai *veteres*[42]. Sempre Labeone, citando letteralmente dai *XVIII libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola, leggeva poi nel XVI libro del giurista repubblicano una costruzione analoga, espressa però con un sintagma diverso: "*furti se obligavit*". Altrove ho ritenuto che si tratti di una prova testuale di come Quinto Mucio operasse in chiave di *obligari*, nuovo forma terminologica enucleata dal giurista per esprimere la posizione dell'autore del delitto di furto in modo innovativo la doverosità del sintagma formulare «*damnum decidere oportere*», a sua volta schema idoneo a superare definitivamente l'idea di soggezione insita nella costruzione arcaica evocata dalla *damni decisio*[43].

L'*interpretatio* del *duplione damnum decidere oportere* quale *furti se obligare* prelude all'emersione del *genus* delle *obligationes ex delicto*, categoria unitaria che ha permesso ai giuristi romani la edificazione di una concezione sistematica trasversale, rispetto alla tipicità caratteristica del sistema romano dei delitti privati[44]. Le *institutiones* gaiane sono, infatti, rappresentative di una costruzione monistica, attraverso la quale le *obligationes quae ex delicto nascuntur* sarebbero espressione di un solo genere di *obligatio*, mentre quelle *ex contractu* erano state oggetto di una più antica *divisio* nella quadripartizione *re, verbis, litteris, consensu*. In realtà, la comparazione espressa da Gaio nelle *Istituzioni* (*Gai.* 3.182)[45] tradisce un cambio di prospettiva di cui il giurista è forse soltanto inconsapevolmente il testimone. La prospettiva che sorregge la sistematica contrattuale è centrata sull'idea dell'*obligatio contracta*, evidenziandosi così - in una prospettiva di categorie moderne – un connubio indissolubile tra fonte dell'obbligazione e obbligazione stessa, espressione di una struttura monolitica non scindibile. Soltanto in questa prospettiva assume significato il momento obbligante quale variante della categoria, così da comprendersi la declinazione dello schema in *re, verbis, litteris, consensu*.

---

[41] Esattamente P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del 'commodatum'*, Torino, 1983, 127 ss., in particolare 133.

[42] Vd. P. HUVELIN, *Études sur le 'furtum' dans le très ancien droit romain*, Lyon, 1915 [rist. anast. Roma 1968], I, 329-330, senza una particolare attenzione alla diversa costruzione di Bruto e Q. Mucio.

[43] R. CARDILLI, *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione* cit., 275.

[44] Per il mio punto di vista, *Il problema dell'elemento soggettivo* cit., 857-859.

[45] Gai. 3. 182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, ueluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.*

Al contrario, l'attrazione delle *obligationes ex delicto* in un solo *genus* non è condizionata dalla natura del fatto obbligante (che in parte avrebbe ben potuto sottoporre anche questa categoria a *divisio*, quale quella *re* oppure *verbis*, come è riscontrabile nella costruzione labeoniana in materia di *iniuria* ora in D.47.10.1.1 Ulpianus 56 *ad ed.* e in D.47.10.7.8; Ulpianus 57 *ad ed.* [46]), ma in quella della natura unitaria del rapporto ingenerato tra autore del delitto e vittima in termini di *obligatio*.

La particolarità del *genus* unitario delle *obligationes ex delicto*, rispetto all'archetipo sistematico della quadripartizione delle *obligationes ex contractu*, è data da una constatazione sorprendente. Mentre, infatti, per l'archetipo a cui attinge Gaio, tutte le *obligationes ex contractu* ricordate nei paragrafi dal 3.89 al 3.162 sono espressione di un rapporto espresso in termini formulari omogenei di *oportere* (anche quando l'*oportere* si qualifica *ex fide bona*), per quelle *ex delicto*, il *genus* della *obligatio* unifica situazioni differenti sul piano del *ius* di emersione, rileggendo in chiave unitaria sia rapporti tutelati con *formulae in ius conceptae*, sia rapporti tutelati con *formulae in factum conceptae*. Ciò in altre parole significa che il giurista che la realizza (lo stesso Gaio o altri già prima di lui) conosce la categoria dell'*obligatio* cd. *praetoria*, idonea a rappresentare una seria ragione di differenziazione dei fatti illeciti obbliganti[47]. Proprio la categoria ampia di *obligatio* è, infatti, la premessa concettuale del *genus* unitario delle obbligazioni da delitto in Gaio e non il contrario.

La costruzione gaiana non è la sola. Nel Digesto giustinianeo si ricorda un'altra costruzione concettuale significativa, quella della *obligatio poenae* del giurista Giuliano. Il sintagma *obligatio poenae*, usato già in Mela quale forma espressiva dell'obbligazione nata da una *stipulatio poenae* (Paul. 35 *ad ed.* D. 23.4.12.2)[48], ricorre in un frammento del ventiduesimo libro dei *Digesta* del giurista adrianeo rispetto al delitto di furto.

> D. 47.2.57 pr. Iulianus *22 dig.*: *Interdum fur etiam manente poenae obligatione in quibusdam casibus rursus obligatur, ut cum eo saepius eiusdem rei nomine furti agi possit. primus casus occurrit, si possessionis causa mutata esset, veluti si res in domini potestatem redisset eandemque idem subriperet vel eidem domino vel ei, cui is commodasset aut vendidisset. sed et si persona domini mutata esset, altera poena obligatur.*
> Talvolta in alcuni casi il ladro, pur rimanendo l'obbligazione della pena, è obbligato di nuovo, come quando contro di lui, in ragione dello stesso fatto, possa agirsi di furto. Il primo caso occorre se sia mutata la causa del possesso <della cosa rubata>, ad esempio se la cosa sia ritornata nella potestà del proprietario e lo stesso <ladro> abbia di nuovo sottratto quella stessa cosa allo stesso proprietario oppure a colui al quale <il proprietario>

[46] D. 47.10.1.1 Ulpianus 56 *ad ed.*: *Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit.* D. 47.10.7.8; Ulpianus 57 *ad ed.*: *Atrocem autem iniuriam aut persona aut tempore aut re ipsa fieri Labeo ait. persona atrocior iniuria fit, ut cum magistratui, cum parenti patrono fiat. tempore, si ludis et in conspectu: nam praetoris in conspectu an in solitudine iniuria facta sit, multum interesse ait, quia atrocior est, quae in conspectu fiat. re atrocem iniuriam haberi Labeo ait, ut puta si vulnus illatum vel os alicui percussum.* Vd. F. GALLO, '*Conventio*' *e* '*synallagma*' *nel contratto*, Torino, 1990, I, 141-149, in particolare 146.

[47] Sul problema, si vd. la mia ipotesi ricostruttiva in *Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie*, in AUPA. LXI, 2018, 9-34.

[48] *Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, Mela ait alterutro eam contentam esse oportere: vel exceptione pacti et acceptam focere poenae obligationem, vel, si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.*

avesse comodato o venduto <la cosa>. Ma anche se la persona del proprietario fosse mutata, si è obbligati ad una seconda pena.[49]

Giuliano non dimostra sensibilità verso il fenomeno giuridico della continuazione, venendo a separare nettamente, quali due diversi delitti, il furto della stessa cosa allo stesso proprietario qualora, dopo il primo furto, la cosa sia tornata nel suo possesso. A questa ipotesi Giuliano affianca anche quella in cui il ladro abbia rubato prima una cosa al proprietario, poi tornata in suo possesso, se abbia rubato la stessa cosa una volta venduta o comodata a un terzo. In tutti questi casi si avrebbe per Giuliano una duplicazione della *poenae obligatio*, cioè il cumulo delle *actiones furti* per il perseguimento ciascuna della *poena* prevista per ciascuno dei due furti, e non un'ipotesi unitaria di delitto, continuato sul piano del tempo.

La duplicazione della *poenae obligatio* è riconosciuta anche, alla fine della testimonianza, all'ipotesi di *mutatio* della *persona domini* in caso di furto della stessa *res*.

È una interpretazione formale della *contrectatio rei* e degli stessi presupposti dell'*actio furti*, probabilmente connessa agli effetti inderogabili e rigidi della *reversio in potestatem* della *res furtiva* al *dominus*, *reversio* che, reintegrando l'usucapibilità della cosa rubata, imprime anche una inderogabile resistenza, quanto meno nella tradizione civilistica dei *libri ad Sabinum*, della autonoma azionabilità delle due *contrectationes,* come dimostra anche Ulpianus 42 *ad Sab.* D. 47.2.46.9: *Si furtiva res ad dominum rediit et iterum contrectata est, competit alia furti actio.*

L'interpretazione giulianea non era però pacifica.

Non quella sulla *mutatio dominii*, in quanto Ottaveno, in Paul. *l. 7 ad Plautium* D. 47.2.67.1[50] , in un caso di legato di cosa ad *Ego* mentre la cosa era presso il ladro, riteneva che, tornata la cosa al proprietario o al suo erede, se lo stesso ladro l'avesse rubata nuovamente, l'*actio furti* contro il ladro spettasse soltanto ad *Ego*, in qualità di legatario e non all'erede. Ciò in ragione del fatto che, per qualsiasi causa la proprietà sia mutata, l'azione di furto spetti al solo proprietario (*quacumque ratione dominium mutatum sit, domino competere furti actionem constat*). Per Ottaveno, cioè, l'interesse ad agire per il furto è esclusivamente del *dominus,* senza che la mutazione della proprietà possa da questo punto di vista duplicare la persecuzione della *poena*, sebbene la cosa sia stata prima rubata al primo proprietario (il de cuius) e poi una seconda volta al nuovo (il legatario).

Anche rispetto alla teoria alla duplicazione della *poenae obligatio* in caso di reiterazione del furto della stessa cosa, Celso figlio evidenzia l'enucleazione della figura della

[49] Sul passo sono stati avanzati dubbi di genuinità. Per M. PAMPALONI, *Continuazione e ripetizione di furto*, in *Studi senesi*, IX fasc.V, 1893, 371-386, in particolare 378, il testo sarebbe interpolato dai giustinianei, perché l'età classica aveva già riconosciuto la rilevanza della continuazione del reato. Al contrario, per E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1918, 473-474, la testimonianza rifletterebbe una logica stringente e le alterazioni indicate (in particolare *in quibusdam casibus, primus casus*) non modificherebbero il significato sostanziale del parere di Giuliano, il quale tende a porsi in una prospettiva di lettura formale e temporalmente subitanea della *contrectatio*, pur a fronte del furto da parte dello stesso ladro, della stessa cosa, in termini di *duo furta*. La critica corrosiva a questa tesi da parte di Celso figlio (*ridiculum est*) ora in D.47.2.68(67),2, ne rafforza la genuinità.

[50] D. 47.2.67.1 Paulus *7 ad Plaut. Si is, cui res subrepta sit, dum apud furem sit, legaverat eam mihi, an, si postea fur eam contrectet, furti actionem habeam? et secundum Octaveni sententiam mihi soli competit furti actio, cum heres suo nomine non habeat, quia, quacumque ratione dominium mutatum sit, domino competere furti actionem constat.*

continuazione (*continuatio*) come superamento della concezione rigida e formale di Giuliano ancorata ai *duo furta*.

In particolare, in Cels. l.*12 dig.* D.47.2.68(67),2[51] si esamina una *quaestio* di scuola, nella quale si ipotizza il furto di uno schiavo in età infante, che poi diviene *adulescens* presso il ladro. Per Celso, il ladro si sarebbe macchiato del furto sia di un infante, che di un adolescente, senza però che ciò determini la commissione di *duo furta*. Il giurista adrianeo riconosce, invece, l'unicità del delitto (*unum furtum*), con la conseguenza che ai fini dell'*aestimatio litis* per il *duplum* si valuterà il maggior valore dello schiavo rubato mentre era presso il ladro. Per corroborare la propria tesi dell'unicità dell'*actio furti*, Celso ipotizza l'ipotesi di un doppio furto dello schiavo, in due momenti temporali distinti, il primo quando era *infans* e poi, sottratto al primo ladro lo schiavo *infans* da un secondo ladro, un secondo furto quando oramai era *adulescens*. Anche in questo caso, per Celso, sebbene si tratti con evidenza di *duo furta*, si potrà agire contro il primo ladro una volta sola, ponderando nell'*aestimatio* per il multiplo il maggior valore dello schiavo come *adulescens* e non quale *infans*. Quest'ultima affermazione è avvalorata, secondo il giurista adrianeo, da un argomento *ad absurdum*: *Et quid tam ridiculum est quam meliorem furis condicionem esse propter continuationem furti existimare?*

Per Celso, l'interpretazione dei *duo furta* come unico delitto, non deve significare irrilevanza del suo maggior valore come *adulescens*, sebbene nel momento della prima *contrectatio* lo schiavo era *infans*. Qualora non si optasse per la valutazione del maggior valore dello schiavo divenuto *adulescens*, si avrebbe l'assurda conclusione (*ridiculum est*) che il ladro godrebbe di un miglior trattamento giuridico in ragione della continuazione temporale del delitto.

Per quanto riguarda il tema esaminato in questo contributo, mi sembra che non si possano sovrapporre le concezioni di Giuliano e di Gaio. Mentre in Gaio la categoria sistematica è la *obligatio (ex delicto)*, in Giuliano la categoria centrale è la *poena* quale oggetto di *obligatio*. Questo significa con categorie moderne che per Gaio, che pur attesta sia per il *furtum* che per l'*iniuria* e la rapina l'acquisita centralità del termine *poena*[52], è il tipo di rapporto giuridico indotto dai diversi delitti a costruire il *genus* unitario, mentre in Giuliano

---

[51] *Infans apud furem adolevit: tam adulescentis furtum fecit ille quam infantis, et unum tamen furtum est: ideoque dupli tenetur, quanti unquam apud eum plurimi fuit. Nam quod semel dumtaxat furti agi cum eo potest, quid refert propositae quaestioni? Quippe, si subreptus furi foret ac rursus a fure altero eum recuperasset, etiam si duo furta fecisset, non amplius quam semel cum eo furti agi posset. Nec dubitaverim, quin adulescentis potius quam infantis aestimationem fieri oporteret. Et quid tam ridiculum est quam meliorem furis condicionem esse propter continuationem furti existimare?* Sul passo si vd. P. CERAMI, *'Continuatio furti' e 'litis aestimatio' in Cels. D.47.2.68(67).2*, in *Philia. Studi in onore di G. Franciosi*, I, Napoli, 2007, 551-564.

[52] Gai.3.189: *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat… sed postea inprobata est asperitas poenae, et tam ex serui persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est*; Gai. 3. 190. *Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conseruat.* 3. 191. *Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore seruatur.* 3. 192. *Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta. lex autem eo nomine nullam poenam constituit; hoc solum praecipit, ut qui quaerere uelit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid inuenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.* 3.194: *… neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter uel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum uel adulterium uel homicidium admisisset, quamuis nihil eorum admiserit.* 3. 223. *Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os uero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si seruo, CL; propter ceteras uero iniurias XXV assium poena erat constituta. et uidebantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniae poenae esse.* D. 47.8.5 Gaius *21 ad ed. provinc.*: *Non prodest ei qui vi rapuit ad evitandam poenam, si ante iudicium restituat rem quam rapuit.*

la categoria ordinante è la *poena*, che dimostra una forza centripeta prevalente rispetto alla complessità terminologica presente nel diritto arcaico (*talio, damnas, poena*). *Poena* diviene l'oggetto dell'*obligatio* scaturente dai *delicta*. È una storia che tende a concentrare nella parola *poena* una forza di attrazione sempre più ampia di significati, tanto da farne punto di riferimento non soltanto dei *delicta privata*, ma anche dei *crimina publica*, storia che troverà un adeguato coronamento nella costruzione ottocentesca del diritto penale sulle ceneri del diritto criminale.

5. *Considerazioni conclusive.*

Talio, damnas, poena, delictum, maleficium, crimen sono la rappresentazione di una trama terminologica che si rappresenta per una grande complessità storica e che nello stesso tempo evidenzia sempre più un protagonismo di *poena*, come ancora di stabilità del discorso giuridico penale.

La continuità terminologica non deve però impedirci di cogliere l'ideologia che orienta il nostro modo, oggi, di pensare il penale rispetto al diritto romano. Il modello romano della *obligatio poenae* è sostanzialmente scomparso, quanto meno nella sua pervasiva applicazione nell'àmbito dei *delicta privata*. L'unico residuo è legato alla conservazione nei codici civili della tutela aquiliana, mentre per quanto riguarda furto, rapina e *iniuria*[53], esse sono state definitivamente attratte nella persecuzione penale dello Stato, con la prevalenza della reclusione in carcere del reo come paradigma borghese della sanzione penale.

Nel diritto penale liberale, il superamento del modello afflittivo che colpiva la vita o il corpo del reo, si è orientato principalmente verso modelli sanzionatori incidenti sulla sua libertà, coerentemente alle ideologie che innervavano la società tedesca del secondo ottocento. La reclusione in carcere assunse storicamente il ruolo di principale *poena* del modello borghese, con l'affermazione del monopolio statuale della persecuzione penale quale definitiva erosione di modelli privati di tutela penale.

Nel diritto romano, al contrario, proprio i modelli privati di persecuzione penale, conseguenza della resistenza di ordini giuridici precivici nel comune fondato, rappresentano la *humus* nella quale si innestano modelli sostitutivi alla punizione, dapprima come atto di autonomia e libertà delle parti coinvolte e poi come via imposta dall'ordine giuridico cittadino. Proprio questa via alternativa rappresenta l'originario terreno di emersione della terminologia del penale. *Poena* di somme oggetto di accordi compositivi o di somme prefissate nella *lex publica* o di somme in multipli di valori stimati, aprono la strada ad un giuridico penale dal quale l'afflizione viene bandita, a tutto favore di una soluzione patrimoniale che, senza rinunciare alla persecuzione di una pena in senso moderno, permette di gestire le conseguenze del furto e della rapina, delle lesioni e delle offese personali, delitti di amplissima ricorrenza anche in società ricche, in una chiave meno

[53] Codice penale italiano: (furto) art. 624; (rapina) art. 628; (lesioni personali) art. 590; (diffamazione) art. 595.

invasiva e violenta di quanto sicuramente accadeva nel diritto romano arcaico e accadrà nel diritto penale liberale.